

# A propósito de los Cerros Orientales: ¿existe un umbral de las cargas públicas que no sea daño especial?

FILIPPO ERNESTO BURGOS GUZMÁN<sup>1\*\*</sup>

Después de la Revolución mexicana, en toda América Latina se estableció que al derecho de propiedad le son *inherentes* deberes y obligaciones de acuerdo con las necesidades sociales. Así, en el siglo XX este derecho se debió moldear a las necesidades públicas, sociales, económicas y ecológicas, dejando atrás sus poderes absolutos y su concepción de su individualidad, entre otras razones para que no existieran bienes ociosos, o por el contrario, para que existieran unos destinados a conservación un ecosistema o un recurso natural; restricciones que aceleraron, por la transformación en los últimos cincuenta años de la población rural en urbana y en consecuencia por la expansión de las ciudades, el incremento del valor de la tierra y la misma inseguridad reinante en nuestras "ciudades de Dios", circunstancias que a la vez hicieron que tomaran importancia los espacios públicos, las áreas protegidas, la propiedad horizontal y las limitaciones a la propiedad.

En principio, dentro del concepto de *función social*, el propietario está obligado a *soportar sin compensación* económica el detrimento o menoscabo que pueda experimentar su derecho, como consecuencia de los deberes, límites o cargas que establezca el legislador, como parte del contenido del derecho y expresión de la función social.

No obstante lo anterior, el derecho administrativo se pregunta: ¿Hasta dónde la administración puede limitar el derecho o establecer cargas al propietario sin que esté obligada a indemnizar al propietario?; ¿Dónde están los límites

1 Profesor del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

de los sacrificios que ha de soportar el propietario, en virtud de la función social? y ¿dónde el límite entre lo social y la expropiación?

Para responder esos interrogantes los invito a detenernos en la función social frente a la teoría del daño especial partiendo de la realidad: la reserva forestal de los Cerros Orientales de Bogotá.

## I. DE LOS CERROS ORIENTALES

La figura de las reserva forestales nacieron el los años cuarenta como una autorización legal a la autoridad administrativa para establecer zonas donde se debe conservar la cobertura boscosa, con el fin de asegurar la conservación de un recurso natural, una especie o un ecosistema<sup>2</sup>. No obstante, existen unas áreas de reserva forestal atípicas, creadas directamente por el legislador mediante la Ley 2.<sup>a</sup> de 1959, y que son obligatoriamente del orden nacional, cuyo propósito fue sustraer de la frontera agraria cerca del 50% del territorio del país.

Con la Ley Forestal (Ley 1021) de 2006 se quiso cambiar lo que hasta el año pasado se entendía como "zona forestal protectora": el área de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente para la conservación del bosque donde solo estaban permitidos los usos secundarios y se proscribían para todas el cambio del uso del suelo. La Ley Forestal cambió la definición general de las reservas forestales, enfatizando las finalidades de conservación y la producción, no excluyentes dentro de todo el texto de la ley. No obstante, esta nueva concepción fue declara inconstitucional mediante la Sentencia C-030 de 2008; la ley no fue consultada con las minorías étnicas<sup>3</sup>.

Los Cerros Orientales de Bogotá fueron declarados en 1976 por el Indere-na por tener una cobertura vegetal que ameritó ser protegida para conservar

2 La Ley 200 de 1936 faculta al gobierno para señalar zonas dentro de las cuales deben conservarse y repoblarse los bosques, ya sea en terrenos baldíos o de propiedad privada, con el fin de conservar o aumentar el caudal de las aguas. El Decreto 1383 de 1940 dio competencia al Ministerio de Economía Nacional para declarar la "zona forestal protectora", definida como el "conjunto de terrenos que por su topografía o que por su ubicación en las cabeceras de las cuencas hidrográficas, márgenes, depósitos y cursos de aguas conviene que permanezcan revestidos de masas arbóreas, por la acción que estas ejercen sobre el régimen fluvial, conservación de aguas y suelos, salubridad de los centros urbanos, etc.". Forman parte de la zona forestal protectora, entre otros "todos aquellos en que a juicio del Ministerio de Economía Nacional, convenga mantener el bosque o crearlo si ha desaparecido, con el fin de defender cuencas de abastecimiento de aguas, embalses, acequias, evitar desprendimientos de tierra y rocas, sujetar terrenos, defender vías de comunicación, regularizar cursos de aguas, o contribuir a la salubridad".

3 "Artículo 13. Áreas de reserva forestal. Son áreas de reserva forestal las extensiones territoriales que, por la riqueza de sus formaciones vegetales y la importancia estratégica de sus servicios ambientales, son delimitadas y oficialmente declaradas como tales por el Estado, con el fin de destinarlas exclusivamente a la conservación y desarrollo sustentable."

el efecto regulador de la cantidad y la calidad de las aguas; hoy, a medida que la ciudad crece y se transforma, cobran más importancia esas 14 mil hectáreas.

Durante los veinte años de su vigencia se adoptó la reserva forestal como parte de la estructura ecológica principal de la ciudad y se estableció su límite donde empieza el espacio rural. No obstante, la administración en general se quedó con la declaratoria sin que existiera claridad sobre su régimen y se fue degradando por el incoherente actuar de las entidades involucradas en su conservación. Sin embargo, a fuerza de acciones constitucionales y administrativas los ciudadanos fueron obligando a la administración responsable a registrarla en el folio de matrícula inmobiliaria de cada uno de los predios, a establecer su régimen o plan de manejo y a frenar los aprovechamientos mineros, forestales y urbanos, entre otros.

Así, durante veinte años se desconoció que la eficacia y el éxito de los espacios protegidos dependen, más que de su declaratoria en sí, de su administración y manejo, la cual incluye su reglamentación por cuanto el principio de libertad de esa manera lo exige. No se puede suponer un régimen de la simple expresión del Código de los Recursos Naturales de que "solo están permitidos usos secundarios del bosque", por cuanto el principio de libertad establece: lo que no está prohibido expresamente en la Ley está permitido; de esa manera, la libertad es la regla general y las prohibiciones, la excepción. Las prohibiciones no se concluyen, no pueden ser abstractas o ambiguas y por el contrario deben estar plenamente definidas; de no ser así, las prohibiciones se convertirían en la regla general y no en la excepción.

Dentro de este contexto, el Ministerio del Medio Ambiente ordenó la realindización del área sustrayendo la parte que había perdido su razón de ser y creó una zona de adecuación, transición o amortiguación del impacto urbanístico. Frente a esa decisión, un particular instauró una acción popular para evitar la sustracción de las 970 hectáreas comprometidas en la medida.

El Tribunal de Cundinamarca, en sentencia del 29 de septiembre del año pasado, llega a la conclusión de que el uso del suelo de la Reserva Forestal Protectora Bosque Oriental de Bogotá se restringe de manera absoluta, no sólo por su condición de especial importancia ecológica nacional, sino que, en su entender, de acuerdo con el artículo 89 de la Ley 812 de 2003, aprobatorio del Plan Nacional de Desarrollo, fue el querer del legislador establecer la obligación de adquisición de las zonas de páramo, bosque de niebla y área de influencia de nacimientos de acuíferos; concluye que la restricción del uso del suelo en los cerros es absoluta y en consecuencia ordena a autoridades ambientales que adquieran los inmuebles de propiedad privada que existan en la reserva Bosque Oriental.

Esa orden dada por el Tribunal nos tiene haciendo cuentas a todos los que nos hemos ocupado de estos temas y luego de sumar, temblar a las autoridades ambientales, por cuanto en todo el territorio nacional y en gran parte

de la ciudades capitales, las zonas aledañas a las fuentes de agua son reservas forestales desde los años cuarenta. Así, para citar un ejemplo: el Ministerio de la Economía Nacional creó en los años cuarenta los Farallones de Cali y quebrada Honda y los caños Parrado y Buque, en Villavicencio.

Dentro de ese contexto se pregunta: ¿El pago de la propiedad privada existente en las reservas forestales debe hacerse en todo el país comprendiendo las siete declaradas por el legislador hace cuatro décadas y que cubren el 50% del territorio nacional? Quisiera ocuparme del segundo tema: la función social y el daño especial.

## II. LA FUNCIÓN SOCIAL FRENTE AL DAÑO ESPECIAL

En Colombia, desde la introducción del concepto de la función social mediante el acto legislativo 1 de 1936 y su desarrollo por la Ley 200 de 1936, se estableció en principio para el sector agrario el deber legal de explotar la tierra so pena de la extinción del dominio, pero con el tiempo se han ido imponiendo límites a la explotación estableciéndose la carga de no hacer en aras de la protección del urbanismo, el patrimonio cultural, la seguridad aeronáutica y el medio ambiente. Así, por ejemplo, la carga de no construir y la de mantener la cobertura boscosa en las zonas de ronda de río, las reservas forestales y los humedales, entre otros.

Hoy a la luz del concepto del Estado social de derecho, la función social y ecológica se empieza a ver como algo intrínseco al derecho de dominio, desterrándose definitivamente de nuestro ordenamiento su carácter individual y absoluto, lo que al vez implica el afianzamiento de los poderes de la administración, llegándose a justificar, de una manera para nada coherente, prohibiciones intemporales como la de venta de tierras en los parque nacionales naturales sin que con ello, de acuerdo con la Corte Constitucional, se afecte el núcleo central de la propiedad (ver Sentencia C- 189 de 2006).

Bajo el mismo abrigo del concepto de función social se entiende que hoy no existe una sola función social si no diversas, y cargas límites inmanentes a la situación y vinculación del predio con su entorno, donde se estaría llamando a que la función social o ecológica no se puede seguir viendo exclusivamente como las cargas establecidas por la administración, pues existen límites propios de los bienes que dependen de la naturaleza, que la administración puede afianzar; tema de suma importancia en nuestro país del "ius cariborum" donde, como lo expusimos hace unos años, todo puede tener dueño con justos títulos, hasta lo inapropiable, desde el mar hasta las "bocas del volcán Galeras".

Lo destacable de este desarrollo jurisprudencial, para el caso que nos ocupa, tiene que ver con que las cargas que se le pueden imponer a un propietario dependen de dónde se encuentra, de la naturaleza del inmueble. No es lo

mismo ser el dueño de un predio frente al mar, o, irónicamente, el dueño con justo título de las aguas de la laguna de Fúquene, que habitar los apartamentos de la 53 con 30 de la ciudad de Bogotá: la diferencia radica que están en juego intereses, derechos y reglamentación diferentes.

Si bien esa nueva mirada implica que no existe un solo concepto de propiedad sino distintos en razón de la naturaleza propia de los bienes objetos de derecho de propiedad: minero, agrario, urbano, cultural, entre otros, y que dependiendo de los intereses en juego la administración puede intervenir más en uno u otro caso, todas las reglamentaciones en común tienen un núcleo infranqueable: un contenido mínimo de cualquier del derecho de propiedad, cuya vulneración convertiría la intervención en expropiatoria y sujeta a indemnización<sup>4</sup>.

De la lectura del artículo 58 de la Carta Política, de la definición de la propiedad privada y reglamentación general en el Código Civil, se señala que este derecho lleva intrínseco las facultades de goce y disposición, atributos que no pueden ser anulados definitivamente por cuanto estaríamos entrando en la esfera de la expropiación de hecho.

### III. LA RESPONSABILIDAD

Cuando el propietario ha perdido efectivamente toda disponibilidad sobre los bienes en cuestión (uso y apropiación), o afronta su disminución o incluso un fuerte detrimento, la jurisprudencia administrativa ha declarado la responsabilidad por el daño especial generado por quebranto del principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas. Dentro de esa teoría, para el caso que nos ocupa, podríamos resaltar las siguientes reglas<sup>5</sup>.

Los trazos generales de la teoría del daño especial indican que la administración debe responder cuando hace soportar a un particular, en nombre del interés general, cargas particulares excesivas, anormales y excepcionales. Así por ejemplo, frente a los daños producidos a la propiedad privada se ha ordenado cubrir la desvalorización sufrida con ocasión de la construcción de una obra pública –como la del puente vehicular de la calle 57 con carrera 30 en Bogotá<sup>6</sup>–, los puentes peatonales<sup>7</sup>, y en el caso francés, el ruido producido

4 Ver MAR AGUILERA VÁSQUEZ. *Lecturas sobre derecho de medio ambiente*, tomo V, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

5 Con el régimen de responsabilidad objetiva por daño especial, aplicado en el derecho francés desde 1923 con "L'arrêt Couitéas" y en Colombia con el caso del espectador de 1947, se inicia el reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad sin falta de la administración por el quebranto de la igualdad ante las cargas públicas.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera. 30 de enero de 1987, exp. 4.493.

7 ÍD. 30 de enero de 1987, exp. 4.493 y sentencia del 10 de mayo de 2001, rad. 12212. Aquí se condena al Estado por la desvalorización de inmuebles por construcción las obras públicas

por una fábrica<sup>8</sup>, el taller de un colegio, una perrera municipal<sup>9</sup>, el reloj de una iglesia y la vecindad con una obra pública<sup>10</sup>, entre otros.

Frente a la reglamentación de restricción como causa del daño, en el caso colombiano estaría hasta ahora la acción de los Cerros Orientales y dos de 1992 y 1993 sobre Parques Nacionales, con ponencia de DANIEL SUÁREZ, pero con la aclaración de que en este último caso la condena se dio porque hubo una serie de actividades agropecuarias e inversiones que se abandonaron o perdieron a raíz de la declaratoria de área protegida.

En segundo término, para que proceda la responsabilidad, el daño además de ser especial debe ser *anormal*; así, debe estar por encima del umbral, mas allá de la función social, no dentro de las cargas normales que cualquier ciudadano está llamado a soportar por vivir en sociedad. Aquí se podría decir que la carga normal es igual a la función social de la propiedad pero con los matices expuestos en nuestra primera parte. Así, la gravedad o normalidad de la afectación o la limitación debe ser estudiada en el caso en concreto, donde se ponderen los derechos en juego dentro de su contexto.

Detengámonos aquí. La normalidad y la gravedad son relativas; así, por ejemplo: los predios en una zona volcánica implican restricciones al uso de los inmuebles. Para evitar las consecuencias de las avalanchas, como ocurrió en los hechos trágicos de Armero en 1985, la administración puede establecer obligaciones o prohibiciones superiores a las del resto del país —puede fijar una ronda que supere los treinta metros—, las cuales no deben verse como excesivas.

Los inconvenientes normales que tiene un vecino del volcán no son los mismos que tiene el dueño de un predio aledaño a un aeropuerto ni los del propietario de un predio declarado como patrimonio cultural, donde está prohibido construir o modificar la estructura física del inmueble e incluso para proceder a su demolición; tal limitación, según la jurisprudencia, no está supeditada al pago de indemnizaciones.

que les restó intimidad a las casas de habitación, perdieron panorama visual, disminuyó la entrada de luz natural y se produjo un aumento en los niveles de polución y ruido. De igual manera, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera. 11 de febrero 2004, rad. 12749, M. P.: LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERÓN, por la pérdida de valor por afectación visual producto de la construcción del puente peatonal de la avenida Boyacá con diagonal 44 sur, con la actualización sísmica que se le implementó, incluyendo la construcción y adecuación de rampas para el acceso de discapacitados.

8 Consejo de Estado francés. "Courtiau", 22 de diciembre 1943.

9 ÍD. "Malaterre", 17 de mayo de 1974.

10 ÍD. "Epoux Cocquet- Chassaing", 5 de abril de 1991. En esta oportunidad se reclama por la construcción de un estación nuclear, que produjo la pérdida de valor de inmuebles vecinos de un 7%. Aquí entre la central y la propiedad de los demandantes existía una distancia de más de medio kilómetro y estaban separados por el río Sena. De igual manera, Consejo de Estado francés. "Saint- Victoret", 20 de noviembre de 1992, por el ruido y enfermedades nerviosas producto de la colindancia con un aeropuerto.

De igual manera, se pueden revisar decisiones que han encontrado legales y no sujetas a indemnización las limitaciones impuestas en los 30 metros de ancho, de lado y lado de los ríos, pero por otra parte se encuentra la condena a pagar los predios que perdieron su valor por la nueva ronda generada por el desvío del cauce del río Bogotá para la construcción de la segunda pista del aeropuerto, donde por disposición del Municipio de Funza se estableció una ronda de 300 metros y no de 30, lo que produjo una desvalorización de todos los predios involucrados por el nuevo paso del río Bogotá<sup>11</sup>.

Por último, frente a la teoría del daño especial se debe señalar que no aplica cuando actos de carácter general establecen cargas que todos deben soportar, como lo sería el establecimiento del límite entre lo rural y lo urbano y los diferentes usos del suelo, donde se ha excluido su control de legalidad y reconocimiento de perjuicios por quedar dentro del suelo urbano o fuera de él<sup>12</sup>.

Si bien el ordenamiento nos indica cuándo se estarían negando los atributos mínimos de uso y disposición, su gradación no es nada fácil y debe ser estudiada en cada caso. Pensar que toda disminución del valor de la propiedad genera indemnización es decir que la función social dejó de existir.

Dentro de todo este contexto, para que se vayan caminando, pensando y llorando, como el profesor MONCAYO, les pregunto: ¿De dónde salió la propiedad de los Cerros Orientales cuando, si ustedes centran sus miradas hacia el teleférico, hace muchos años, los terrenos con pendientes superiores a los 90 grados, como las que allí encontramos, son inadjudicables?

11 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. 23 de julio de 2003, M. P.: LEONARDO A. TORRES CALDERÓN, exp. 98D15968. De igual manera, sobre obras que vuelven inundable un predio, excluyéndose el pago por la ronda de 30 metros, ver Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. 3 de noviembre de 2005, M. P.: SIERVO TULIO GALVIS GALVIS, exp. 2030610.

12 Consejo de Estado, Sección Primera. 4 de noviembre de 1999, M. P.: MANUEL SANTIAGO URUETA, rad. 4967. Se solicitaba que se revocara el acto por medio del cual se estableció el límite de la ciudad de Bogotá.

